

## 社会法的发展和前沿问题

刘俊海 谢增毅

1

### 和谐社会与社会法的理论创新

社会法是我国近年来在完善市场经济法律体系,落实科学发展观、构建社会主义和谐社会的历史大潮中应运而生的新兴法律门类和法律学科。

1.社会法的作用和主旨。学者普遍认为,社会法是与社会主义制度最为契合的法。社会法在缓和社会矛盾、维护社会稳定方面能够发挥积极作用,和谐社会的建立尤其离不开社会法的发展。随着社会建设和经济建设、政治建设、文化建设被摆在同等重要的位置,社会法的重要性日益凸显。在传统的法律部门中,民商法和经济法主要调整国家的经济生活,侧重于保护公民的民事权利;宪法和行政法主要规范国家的政治生活,保护公民的政治权利。传统的法律部门对社会生活和文化生活的关注远远不够。

大部分学者认为,社会法的主旨在于保护公民的社会权利,尤其是保护弱势群体的利益。在社会关系中,有强势群体和弱势群体之分,而且市场经济会自发的导致强者越强、弱者越弱。此时如果没有公权力的介入来保护弱者的利益,将使社会关系的失衡状态加剧并最终导致严重的社会问题。制定和完善社会法是改变这种失衡局面的必然选择,尤其在当前我国深化改革而社会法理论与实践又比较薄弱的情况下,完善社会法,保障公民的社会权,使人们实现真正的解放社会解放,对构建和谐社会的具有重大而深远的理论和现实意义。

2.社会法的定位和内涵。关于社会法的定位,有观点主张:从现代法学的划分角度,应当将法律区分为公法、私法与社会法。按照这种“三分法”,社会法是公法、私法之外的第三法域。三分法的划分推广后,作为新兴的法域,社会法具有广泛的发展前景。这种观点认为,社会法不是一个法律部门,应该把社会法看作一个法域,一个介于公法与私法之间的领域。也有观点认为,社会法不是第三法域的代名词,而是一项体系完整的基本法律制度,是中国七个法律部门中的一个独立部门。关于社会法的内涵,有学者认同立法机关的解释,主张社会法是指“规范劳动关系、社会保障、社会福利和特殊群体权益保障方面的法律。社会法是在国家干预社会生活过程中逐渐发展起来的一个法律门类,所调整的是政府与社会之间、社会不同部分之间的法律关系”。有学者在考察国外社会法的概念和学说的基础之上认为,社会法是解决一国的社会问题、体现国家的社会政策,保护公民的生存权和发展权等社会权利,需要国家、社会组织和公民参与的法律部门。

3.社会法的核心范畴和体系。有学者提出,社会权(社会权利)是社会法的核心范畴。社会权泛指弱势群体享有的体现社会正义的经济、社会和文化权利,社会正义是社会权的核心价值。社会权的保护不仅有利于增强弱势群体在生存与发展的竞争力,充分体现以人为本的价值观,而且有助于确保政治安定和市场机制的顺利运转,还有利于弘扬和谐、平等、公正的价值理念。构建和谐社会,必须确认和维护社会权。

也有学者认为,社会法起源于国家解决社会的结构性矛盾,其以保护社会弱势群体的利益为目标,是对传统民法的修正和补充,其核心内容是社会权利。应该按照社会法的功能和本质,根据我国的具体情况,以社会权利为核心构造中国特色的社会法体系。确定社会法的体系和范围应主要考虑两个因素:一是国家面临的社会问题以及所采取的社会政策;二是社会权利的范围。由于社会法的本质在于保护公民的社会权利,确定社会法的范围还应当考虑公民的社会权利的范围。应该以《经济、社会和文化权利公约》中所包含的社会权利作为确定社会法范围的主要依据。

4.社会法的发展前景。有学者认为,完善社会法理论对中国法治和中国法律体系的发展以及社会法的学科建设具有重要意义。目前,我国社会法的理论研究首先需要统一“社会法”的概念以避免法学资源的浪费;其次,还应当创造出比较完善的社会法学的理论体系,以引导法律实践的发展。

有学者在以立法统筹经济社会发展与经济社会权利保障方面建议在国家立法规划中,增加制定《社会法典》、《促进就业法》、《平等就业保障法》、《劳工权利保护法》、《住房法》、《医疗保健法》、《福利保障法》(包括失业福利、老龄福利、工作事故和职业疾病福利、家庭福利、生育福利、因残疾丧失工作能力的福利等内容)、《儿童与青少年福利法》、《社会救助法》、《慈善事业法》等社会立法。

当然,社会法的概念、定位和体系、社会法不同内容之间的相关性、社会法的基本制度在短时间内,恐怕难以取得一致,社会法可谓任重而道远。

2

### 《劳动合同法》制定中的热点问题

1.《劳动合同法》的立法理念。大多数学者认为,劳动合同不同于一般的民事合同,双方当事人表面上平等而事实上不平等,在具体的劳动关系中劳动者相对于强大的用人单位总是处于弱势地位,因此《劳动合同法》应当秉承劳动立法产生以来的历史传统,旗帜鲜明地保护劳动者权益,使劳动者与用人单位达到相对的实质平等。还有学者认为,劳动关系的和谐是建立在劳资双方的合法权益都能得到有效保障的基础上的,劳动立法本着保护劳动者合法权益的理念无可非议,但如果仅仅只注重保护劳动者的权益而忽视了用人单位的合法权益,就会矫枉过正,导致恶性循环。因此,在立法理念上应强调“在保护劳资双方合法权益的基础上,偏重于保护劳动者的合法权益。”

2.《劳动合同法》的立法依据。有学者认为,应当以《劳动法》为依据制定《劳动合同法》。《劳动法》开宗明义地强调要保护劳动者的合法权益,其向劳动者倾斜的立法宗旨非常明显。因此,《劳动合同法》也需要秉承这样的精神和宗旨,以《劳动法》作为其立法依据。也有学者认为,如果以《劳动法》作为《劳动合同法》的立法依据,就会出现悖论:《劳动法》作为上位法其效力高于《劳动合同法》;当《劳动合同法》与《劳动法》的规定不一致时,应该以《劳动法》的规定为准。这显然与《劳动合同法》的宗旨不符。为避免这样的矛盾,在确定《劳动合同法》的立法依据时,其语言表达仍需进行斟酌。

3.劳务派遣制度。针对劳务派遣现象,学者们认为应当严格规范劳务派遣制度。有学者认为,应规范劳务派遣单位,严格准入制度和审查淘汰制度,劳务派遣单位与劳务中介机构必须严格区别开来,不准许兼业。有学者认为,劳务派遣单位必须与被派遣职工依法签订劳动合同,而且要明确期限。也有学者认为,无论劳务派遣单位与劳务使用单位之间如何协议,劳务派遣职工与非劳务派遣职工依法享有的权利和利益应当是一致的;劳务派遣单位与劳务使用单位对所派遣和使用的劳动者必须承担连带责任。

4.劳动合同短期化的对策。控制劳动合同的短期化问题是《劳动合同法》需要破解的难题之一。简单地规定工作多少年限就必须签订长期的劳动合同并不能够解决问题,应当从目前用人单位劳动关系短期化的基本动因入手,通过加大用人单位的解雇成本来遏制劳动合同的短期化问题。同时,法律应规定用人单位终止劳动合同要支付补偿金,期限越短、次数越多支付的越高,同时限制有固定期限劳动合同解除的条件,以此对劳动合同短期化的趋势予以适当的限制。

3

### 社会保障体制的改革与立法完善

1.社会保障权的宪法保护和劳动保障法律体系的完善。有学者认为,把社会保障规定为宪法权利对社会保障制度的建立和发展意义巨大。我国2004年修改《宪法》时并没有对社会保障制度作出具体规定,因此社会保障权是否为我国宪法上的公民基本权利尚不明确。我国应从公民权

利与国家义务两方面在宪法中确认公民的社会保障权。有学者认为，完善我国社会保障法律体系是当务之急。目前要考虑由分散立法向相对集中立法发展，由地方立法向中央立法发展，加快人大统一立法并确定中央立法和地方立法权限，强化社会保障的执法和监督，尽快制定以社会保险法为核心的包括社会福利法、社会救济法、社会优抚法等实体法和程序法，最终制定一部完善的社会保障法典。

2.农村社会保障制度的建立和完善。在我国现阶段建立农村社会保障制度具有重要意义：它是国家实现战略目标的关键，能保障我国未来的粮食安全，推动城市化进程，推动城市和农村同步发展，拉动农村内需发展。我国农村社会保障制度的缺失是导致农村和农民贫困的重要原因，在我国农村建立社会保障制度迫切而必要。在我国建立农村社会保障制度的基本原则是：建立城乡有别的农村社会保障制度、建立地区有别的农村社会保障制度、建立强制性的农村社会保障制度、建立保障农民最基本生活需要的农村社会保障制度、建立多层次的农村社会保障制度。

3.医疗保险制度的完善。我国社会医疗保险制度是由基本医疗保险、新型农村合作医疗保险和军人退役医疗保险三部分组成，多种形式并存的具体保险类型决定了制度适用的复杂性。我国社会医疗保险制度的发展方向是建立适用于全民的制度，使全体公民在生病的情况下都能够从国家和社会获得物质帮助。当前我国社会医疗保险立法带有浓厚的地方性特征，如何使千差万别的地方立法具有可协调性是制度完善的重要方面，社会医疗保险制度在存异的基础上，更要注重适用上的求同。

除了以上问题，我国卫生法律体系的完善，公民教育权的保护，公民健康权的保护和安全生产法律制度的完善，住房保障制度的完善等也是社会法的重要理论和实践课题。